

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12920061150418

UDC_____

网络传播淫秽物品犯罪研究

卢建斌

指导教师: 李兰英教授

厦门大学

厦门大学

硕士学位论文

网络传播淫秽物品犯罪研究

Study On Disseminating Pornographic Materials
Through Internet Crime

卢建斌

指导教师姓名: 李兰英 教授

专业名称: 刑法学

论文提交日期: 2009 年 4 月

论文答辩时间: 2009 年 月

学位授予日期: 2009 年 月

答辩委员会主席:_____

评阅人:_____

2009 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

网络技术的迅猛发展，使得图、文、音、影像等信息媒体传播更为便利。这对于沟通各国、各地文化，加强人们之间的信息交流起到了重大作用。但是由于网络覆盖范围的广泛性和信息传递的多媒体化，也使之成为了淫秽物品传播的最佳媒介。由于目前理论界和实务界对传播淫秽物品犯罪相关的研究成果主要集中在传统的传播淫秽物品犯罪，而对网络传播淫秽物品犯罪的研究不多，司法实践中对本罪犯罪构成及司法认定仍然存在着众多疑难问题。笔者试就本罪的相关疑难问题在文中分五部分进行探讨。

第一部分，对网络传播淫秽物品犯罪进行简要的概述。包括本罪概念的界定、本罪的特点以及目前的现状。

第二部分，对网络传播淫秽物品犯罪的犯罪构成特征方面的具体认定问题进行阐述，是全文重点所在。在客观方面，界定网络传播淫秽物品的行为方式，即行为人利用互联网络上传、下载淫秽物品及建立淫秽物品的链接点等方式传播淫秽物品；在主体方面，明确本罪的主体范围，明确 IAP 和 ICP 在具体情形下的刑事责任；在主观方面，提出对淫秽物品淫秽性的认识错误应该区分是事实认识错误还是法律认识错误而加以区别对待。

第三部分，主要是对网络传播淫秽物品犯罪在司法认定中最具争议的罪与非罪问题再做进一步论述。主要从网络传播的认定以及网络环境下淫秽物品的认定两个角度展开。

第四部分，对网络传播淫秽物品犯罪的犯罪形态进行分析，包括网络传播淫秽物品犯罪的预备、中止以及未遂。

第五部分，结合国外的相关立法模式，对我国网络传播淫秽物品犯罪的刑事处罚立法进行反思与重构。

关 键 词：网络传播淫秽物品犯罪；构成特征；司法认定

ABSTRACT

The rapid development of network technology making maps, articles, audio, video and other media to disseminate information more convenient. It play an important role in the communication between the countries. However, because of the extensive network coverage and multimedia messaging, it's also the best medium to the dissemination of pornographic materials. Because of theoretical and practical dissemination research focuses on the traditional crime of disseminating pornographic materials, and there are a few study on the crimes of disseminating pornographic materials through internet, It still has many difficult problems in judicial practice. The article contains five chapters, try to explore from the difficult problems in judicatory cognizance.

Chapter 1 instruction

The article begins with a brief introduction of the crime. Include the definition and the concept of this crime, and the current status quo.

Chapter 2 discussion

This unit deals with issues of concrete cognizance of Crime, which is the main point of the whole article. Identify the behavior that people use the Internet upload and download pornographic materials and set up links to pornographic materials at the dissemination of pornographic materials, etc. Clearly the Criminal responsibility of IAP and ICP .The wrong recognition of pornographic materials should recognize the distinction between legal error or mistake to recognize discrimination.

Chapter 3 discussion

This unit discusses difficult issues of the cognizance of the crime on present justice practice. Specially the guilt and innocence.

Chapter 4 discussion

Analyze the shape of the crime, include preparation, suspension and attemptation.

Chapter 5 discussion

Reflect and reconstruct the punishment legislation, combined with the relevant legislation of foreign models.

Key Words: Disseminating Pornographic Materials Through Internet Crime;
Constitutional Character; justice Cognizance

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 网络传播淫秽物品犯罪概述	3
第一节 网络传播淫秽物品犯罪的概念及特点	3
一、概念的界定	3
二、特点	4
第二节 网络传播淫秽色情物品的现状	5
第二章 网络传播淫秽物品犯罪构成特征	8
第一节 网络传播淫秽物品犯罪的客体	8
第二节 网络传播淫秽物品犯罪的客观方面	9
一、行为人传播了淫秽物品	9
二、行为人利用网络传播了淫秽物品	10
三、行为人利用网络传播淫秽物品的行为必须达到情节严重	14
第三节 网络传播淫秽物品犯罪的主体	16
一、IAP 的刑事责任	17
二、ICP 的刑事责任	18
第四节 网络传播淫秽物品犯罪的主观方面	19
一、罪过的内容	19
二、对淫秽物品“淫秽性”的认识错误	21
三、对“以牟利为目的”的理解	23
第三章 网络传播淫秽物品犯罪司法认定	25
第一节 网络传播的认定	25
一、传播学意义上的传播	25
二、本罪传播的界定	26
第二节 淫秽物品的认定	28
一、对“淫秽”的理解	28

二、网络环境下淫秽物品的具体分析.....	34
第四章 网络传播淫秽物品犯罪的犯罪形态.....	37
第一节 网络传播淫秽物品犯罪的预备	37
第二节 网络传播淫秽物品犯罪的中止	37
一、预备中止.....	38
二、实行中止.....	38
第三节 网络传播淫秽物品犯罪的未遂	39
第五章 网络传播淫秽物品犯罪的刑事处罚	41
第一节 国（境）外的立法现状及特征	41
第二节 我国的立法反思与重构.....	42
结束语	45
参考文献.....	46

CONTENTS

Introduction	1
Chapter 1 An Introduction of the Disseminating Pornographic Materials Through Internet Crime	3
Subchapter 1 The concept and the characteristic of the crime	3
Section 1 The definition of the concept	3
Section 2 The characteristic	4
Subchapter 2 The current situation of the crime	5
Chapter 2 The Elements Of The Crime	8
Subchapter 1 object of the crime	8
Subchapter 2 objective elements of the crime	9
Section 1 Acts of dissemination of pornographic materials	9
Section 2 Dissemination of pornographic materials by internet	10
Section 3 Acts of dissemination of pornographic materials must be serious	14
Subchapter 3 subject of the crime	16
Section 1 Criminal responsibility of the IAP	17
Section 2 Criminal responsibility of the ICP	18
Subchapter 4 subjective elements of the crime	19
Section 1 The range of deliberate of the crime	19
Section 2 The wrong recognition of Obscene	21
Section 3 The understanding of "profit-making for the purpose of"	23
Chapter 3 Justice Cognizance Of The Crime	25
Subchapter 1 The recognition of Spread by internet	25
Section 1 The spread in the field of Communication Studies	25
Section 2 The spread of the crime	26
Subchapter 2 The recognition of Pornography Materials	28
Section 1 The understanding of the Pornography	28

Section 2	Specific analysis of pornographic materials in the network environment	34
Chapter 4	The Shape Of The Crime	37
Subchapter 1	The preparation	37
Subchapter 2	The Suspension	37
Section 1	The suspend in preparation	38
Section 2	The suspend in operation	38
Subchapter 3	The Attempion	39
Chapter 5	The Punishment Of The Crime	41
Subchapter 1	Foreign status and characteristics of the legislation	41
Subchapter 2	Reflect and reconstruct our legislation	42
Conclusion	45
Bibliography	46

引 言

本文的写作源于网络报道的这样两则案例：

案例一、犯罪嫌疑人 34 岁的李某在 2005 年 7、8 月间，在家中通过视频网络聊天室，与多人共同进行“裸聊”淫乱活动。被北京市公安机关通过技术侦察手段发现后在家中抓获。据李某交待，在“裸聊”过程中，她与其他网友一起脱衣服，摆弄自己的性器官。她进行“裸聊”主要是为寻求“刺激”。本案中李某最终被以传播淫秽物品罪立案侦查并移送石景山区人民检察院审查起诉。检察机关以聚众淫乱罪向法院起诉。但法院认为对这种案件追究刑事责任无法可依，因此，检察机关最后撤回了起诉。^①

案例二、失业女士方某，利用摄像头在网络上真人演绎激情视频，并订立一套收费标准，不同“级别”，不同价码，以此牟利。从 2006 年 11 月到 2007 年 5 月案发，观看其表演者遍及 22 个省市，仅事后在电脑上查获聊天记录的就有 300 多名，网上银行汇款记录达千余次，计 2.4 万元。

方某最后因一名观众看了之后觉得服务不到位、不值，遭到举报。最终被检察机关以传播淫秽物品牟利罪起诉，且被浙江省衢州市龙游县法院以传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金 5000 元。^②

以上两则案件相似（差别仅在于案例二有牟利行为），但最终却得到两种截然不同的处理结果：案例一中的李某最后因为法院认为对其追究刑事责任无法可依，致使检察院最后撤回起诉。而案例二中的方某却被法院判决传播淫秽物品牟利罪成立。同案不同判的现象再次上演。且案例二的有罪判决是在媒体对案例一依法撤诉彰显法治精神的大力报道的背景下所做出的。可见，网络时代的到来，使得司法机关在认定区别于传统犯罪的利用网络进行犯罪的问题上，尤其是在常见的网络传播淫秽物品犯罪的认定上，处于尴尬混乱的局面。因而，对该问题的讨论研究，很有必要。

本文以犯罪构成要件理论为基础，通过对网络传播淫秽物品犯罪的主体、主

① 北京少妇与多人裸聊案因无定罪依据被撤诉。
<http://society.news.mop.com/nn/2007/0417/0746232905.shtml>.

② 浙江对个人裸聊首次定罪,衢州女子被判六个月.<http://news.163.com/08/0403/10/48JLLNIN00011229.html>.

观方面、客观方面等进行分析，同时结合目前我国已颁布的相关司法解释以及相关典型案例对网络传播淫秽物品犯罪进行界定，并提出本文的观点。

厦门大学博士论文摘要库

第一章 网络传播淫秽物品犯罪^①概述

传播淫秽物品犯罪作为一种严重败坏社会风尚的行为,为古今中外立法者所禁,乃至以科处刑罚的方式惩治违反这一禁止性规范的行为人。但传播淫秽物品犯罪作为一种文化意味较浓的反社会行为,在人类历史的发展过程中,往往与人类自身对性及与之相关问题的认识过程相伴随。随着人们性观念的解放、人权意识的加强以及近代以来的无被害人犯罪、非罪化思潮的兴起,世界各国对传播淫秽物品犯罪的处罚渐趋宽松,但随着 21 世纪网络时代的到来,网络成为淫秽物品最大的行销平台,使得淫秽物品传播更为隐蔽和便捷,淫秽物品在全球呈泛滥趋势。对此,世界各国不得不重新将此提上议事日程。

第一节 网络传播淫秽物品犯罪的概念及特点

一、概念的界定

传播淫秽物品犯罪从字面来理解,显然是指使用各种方式来传播淫秽物品,从而触犯刑律的行为。但各国基于其国情与社会文化的考虑,对此亦有不同的规定。大陆法系国家的传播淫秽物品犯罪,通常是指贩卖、散步、陈列淫秽物品,或者以贩卖、散步、公然陈列为目的而制造、持有淫秽物品的行为。^②如德国刑法规定的“散发色情文书罪”、日本刑法规定的“散发猥褻物罪”等等。我国的传播淫秽物品犯罪指的是主观上出于牟利或者非牟利的目的,客观上采取多种方式传播淫秽物品,情节严重的行为。即我国刑法典中第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪和第 364 条规定的传播淫秽物品罪。本文所指的传播淫秽物品犯罪即是后者。

网络传播淫秽物品犯罪兼有网络和传播淫秽物品犯罪两个因素。网络传播淫秽物品犯罪的出现是伴随着互联网技术和计算机技术的发展并广泛应用于生活

^① 一般而言,网络传播的都是指淫秽信息,但基于信息与物品并不是一一对应的关系,且我国刑法中没有传播淫秽信息罪的罪名,而只有传播淫秽物品罪和传播淫秽物品牟利罪的规定,因而笔者将其定义为网络传播淫秽物品。

^② 张明楷,外国刑法纲要.[M].北京:清华大学出版社,1999. 720.

领域的必然产物。传统的传播淫秽物品犯罪主要是通过出租、出借、运输、携带、播放等方式使淫秽物品或其内容在社会上流传的行为。^①传统的传播淫秽物品犯罪的方式花费大量的时间和资源而不能满足犯罪分子的需要，而网络传播淫秽物品犯罪将传统的传播淫秽物品犯罪方式转变成互联网上的上传、下载与链接，将传播活动从现实世界转向了虚拟世界。网络传播淫秽物品犯罪与传统传播淫秽物品犯罪一样，都使淫秽物品得到传播。只不过后者是通过网络的方式使其达到得以传播的效果而已。因此，网络只是传播淫秽物品犯罪的一种手段。故网络传播淫秽物品犯罪可以定义为：利用互联网络采取上传、下载及建立展示淫秽物品的超级链接点等方式传播淫秽物品，情节严重的行为。

二、特点

利用网络传播淫秽物品的犯罪，除了具备传统条件下传播淫秽物品犯罪的特点以外，由于网络的公开性、交互性和资源共享性，又使得淫秽物品的传播渠道得以拓宽，使传播的功能增强，传播的效率大大提高。具体而言，网络传播淫秽物品犯罪具有以下特点：

1、高智能性

传统的传播淫秽物品犯罪对行为人的智能要求不高，采取的是一种简单的、传统的买卖、交换等传播方式，不需要行为人具备良好的技能和素质，即使是一个目不识丁的文盲也可以传播。而网络传播淫秽物品犯罪中，由于行为人是利用计算机来实现其违法犯罪的目的，其行为的实施都是以计算机技术发挥作用为前提，因而要求行为人必须具有较高的智能、具有较高的计算机及网络知识。

2、传播范围广，速度快

传统的传播淫秽物品犯罪的传播方式比较单一，一般是通过人际关系网进行复制、抄写、交换或者是通过一些存在管理漏洞的公共场所进行买卖、展示或放映。总的来说，传播的范围比较窄，仅限于某个特定或较小的空间、地域，传播的效率比较低。而网络传播淫秽物品犯罪，基于网络的“无主管、无国界、无警察”等特点，使得行为人仅需在网络上建立一个网站，就可以在短时间内把淫秽物品传播到世界的各个角落。

^① 王作富主编.刑法分则实务研究.[M].北京:法律出版社,2001.1617.

3、传播极具隐蔽性

网络具有很强的保密能力,即其支持加密。网络传播淫秽物品犯罪的行为人可以把包含淫秽物品的文件用各种不同的方式加密,使用那些不易被识破的加密方法,然后把加密了的文件通过网络来传输,防止被网络监控部门截获。另外,很多淫秽物品传播用“打一枪换一个地方”的方法,时常改变 IP 地址,从而逃避查处,如国内侦破的“情色六月天”一案中,犯罪行为人即采取了频繁更换 IP 地址的方式以逃避警方查处。

第二节 网络传播淫秽色情物品的现状

传统的淫秽物品多以文字、绘画、相片和电影形式出现,进入 20 世纪 90 年代后,由于计算机网络技术的广泛运用,使得巨量的电子资料形式的淫秽物品涌现出来,由于网络传播具有隐藏性强、沟通方便、信息传递快等特点,在互联网技术出现后,淫秽色情物品的传播一下子发展到了一个新阶段。互联网已经成为淫秽物品传播最重要的“行销”平台之一。

美国卡因基—梅隆大学 1995 年发表一个专家小组的调查,表明在过去的 18 个月里,有 92 万件带有不同程度淫秽色情内容的影象和文字流通于互联网上,接受者遍及全美国 50 个州 2000 多个城市及包括中国在内的 40 多个国家和地区。素以治学严谨著称的英国牛津大学发现,学生通过互联网观看黄色录像的时间比用它进行学术交流的时间还多。日本警方 1997 年一项调查显示,有 18 个网上散黄者获利已超过 1000 万日元,其中最多的一个已获利 6000 万日元。法国警方 1996 年在与互联网相联的电信网上查获了一个儿童色情集团,传讯了 1500 人。^①

互联网过滤评估机构估计,全球大概有 420 万个淫秽色情网站,占有网站总数的 12%。平均每年全球淫秽色情网站的访问量是 7200 万,在每天全部的网络搜索条数中,有四分之一与淫秽色情网站有关,即每天共计 6800 万次淫秽色情搜索,其中 4000 万美国人属于经常性访问者。研究报告还指出,淫秽色情网站增长数量惊人,仅 2003 年每月互联网新增了 2800 万个淫秽色情网页。

我国 90 年代初,国内开始出现网络。90 年代初至 90 年代末这段时期总体

^① 刘璐.网上传播淫秽物品行为定性分析.[J].江苏警官学院学报.2005,(7):167.

来说网络淫秽色情信息较少,传播势头较弱。但是由于网络传播具备有上述的隐藏性强、沟通方便、信息传递快等特点,同时作为一种牟利手段具有低成本、高回报的优势,因而,很快受到传播淫秽物品犯罪分子的青睐,发展迅速。我国首例网络传播淫秽物品犯罪案件当属河南省商丘市梁园区人民法院于2000年9月1日开庭审理的何萧黄、杨柯网上传黄案。本案最终于同年9月4日,被法院以传播淫秽物品牟利罪各判处两人有期徒刑3年,并各处罚金人民币1万元。随着此案有罪判决的确定,我国的网络传播淫秽物品犯罪案件也由此拉开序幕。

步入新世纪以来,随着我国计算机网络知识的不断普及以及计算机用户的急速增长^①网络传播淫秽物品犯罪在我国日益成熟并呈泛滥之势,笔者在百度上敲入“网络传播淫秽色情”进行搜索,显示搜索到的相关网页为77900篇,里面的内容涉及到大量媒体曝光的我国查处和判决有关网络传播淫秽物品的犯罪案件。诚然,搜索到的77900篇里面有不少并不是报道相关案例,而是报道有关方面的文章抑或存在许多重复报道的案例。但是,可以试想,有77900这么大的基数存在,即使排除上述情形,网络传播淫秽物品犯罪的案件仍然是数不胜数。在此期间影响较大、较为典型的案件如2004年安徽警方侦破的“九九情色论坛”网络传播淫秽物品案、2005年山西省公安厅侦破的“情色六月天”特大境外网站传播淫秽物品案。2008年曝光的“艳照门”事件,更是将网络传播淫秽物品犯罪推向了一个新的高潮。

针对国内网络传播淫秽物品犯罪愈演愈烈的趋势,我国理论界和实务界态度不一。理论界受无被害人犯罪非罪化及道德犯罪非罪化思潮的影响,学者普遍认为对传播淫秽物品犯罪应予以轻刑化,甚至在必要的时候应非罪化。而实务部门却不这么认为。早在2000年12月28日,第九届全国人民代表大会第十九次会议通过的《维护互联网安全的决定》,其中就颁布有“禁止在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片”的内容。2004年,最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,规定对以牟利为目的利用互联网、移动通讯终端制作、贩

^① 据中国互联网络信息中心(CNNIC)于2008年7月24日发布的《第22次中国互联网络发展状况统计报告》显示,截止至2008年6月底,我国网民数量达2.53亿人,首次大幅度超过美国,跃居世界第一位。我国网民数达2.53亿超美国居世界首位。 <http://tech.sina.com.cn/i/2008-07-24/13302348665.shtml>。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库